

Pubblicato il 29/10/2024

**N. 19040/2024 REG.PROV.COLL.
N. 09855/2024 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9855 del 2024, integrato da motivi aggiunti,

EDILVER S.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con la mandante ALTAIR FUNERAL S.r.l., nonché la stessa ALTAIR FUNERAL S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentati *pro tempore*, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Tivoli, in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Diana Scarpitti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

ALPHA TAU S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con la mandante GEO S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scacchi, Rosanna Norcia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione dirigenziale n. 890 del 12/04/2023 con cui il Comune di Tivoli ha ammesso il R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l. alla “*PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO DELLA CONCESSIONE PER LA “PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE E GESTIONE ED ESERCIZIO DI UN TEMPIO CREMATORIO PRESSO IL CIMITERO MONUMENTALE VIA EMPOLITANA, INGRESSO LARGO SARAGAT”*”, IN REGIME DI PROJECT FINANCING AI SENSI DELL’ART. 183 COMMA 15 DEL D.LGS. N. 50/2016 CIG 9447040806 - CUP D33J19000020005”;
- del verbale di gara n. 3 del 16 gennaio 2023, nella parte in cui è stato disposto il soccorso istruttorio nei confronti del R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l.;
- del verbale di gara n. 5 del 6 aprile 2023 nella parte in cui il R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l. è stato ammesso alle successive fasi della procedura di gara;
- della determinazione dirigenziale n. 1937 del 12/07/2024 con cui la S.A. ha preso “*atto della nota 28041 del 17/04/2024 con la quale venivano trasmessi i verbali di gara e della relativa attribuzione dei punteggi*” e ha proceduto “*alla comunicazione dell’aggiudicazione al promotore*”, R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l., “*al fine dell’esercizio del diritto di prelazione così come previsto dell’art. 183 del D. Lgs. 50/2016 e dal Disciplinare di gara*”;
- della nota prot. n. 0053637 del 12/07/2024 con cui il Comune di Tivoli ha inoltrato alle concorrenti, utilmente collocatesi nella graduatoria finale, la predetta determinazione dirigenziale e comunicato loro di avere “*inoltrato, ai sensi dell’art. 183 comma 15 del D. Lgs. 50/2016 avviso al promotore al fine di esercitare il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario [...]*”;

- della nota prot. n. 0058443 del 31/07/2024 con cui il Comune di Tivoli ha comunicato alle predette concorrenti che il promotore, con nota acquisita al prot. n. 55328 del 19/07/2024, aveva dichiarato di voler esercitare il diritto di prelazione;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

e per la declaratoria

dell'aggiudicazione in favore del R.T.I. ricorrente e del diritto di questa al subentro nel contratto, ove nelle more sottoscritto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso;

per quanto riguarda i motivi aggiunti notificati dal R.T.I. EDILVER S.R.L.- ALTAIR FUNERAL S.r.l. alle controparti il 2 ottobre 2024 e depositati il successivo 3 ottobre 2024:

- della determinazione dirigenziale n. 890 del 12/04/2023 con cui il Comune di Tivoli ha ammesso il R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l. alla *“PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO DELLA CONCESSIONE PER LA “PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE E GESTIONE ED ESERCIZIO DI UN TEMPIO CREMATORIO PRESSO IL CIMITERO MONUMENTALE VIA EMPOLITANA, INGRESSO LARGO SARAGAT”, IN REGIME DI PROJECT FINANCING AI SENSI DELL’ART. 183 COMMA 15 DEL D.LGS. N. 50/2016 CIG 9447040806 - CUP D33J19000020005”*;

- del verbale di gara n. 3 del 16 gennaio 2023, nella parte in cui è stato disposto il soccorso istruttorio nei confronti del R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l.;

- del verbale di gara n. 5 del 6 aprile 2023 nella parte in cui il R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l. è stato ammesso alle successive fasi della procedura di gara;

- della determinazione dirigenziale n. 1937 del 12/07/2024 con cui la S.A. ha preso *“atto della nota 28041 del 17/04/2024 con la quale venivano trasmessi i verbali*

di gara e della relativa attribuzione dei punteggi?” e ha proceduto “alla comunicazione dell’aggiudicazione al promotore”, R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l., “al fine dell’esercizio del diritto di prelazione così come previsto dell’art. 183 del D. Lgs. 50/2016 e dal Disciplinare di gara”;

- della nota prot. n. 0053637 del 12/07/2024 con cui il Comune di Tivoli ha inoltrato alle concorrenti, utilmente collocatesi nella graduatoria finale, la predetta determinazione dirigenziale e comunicato loro di avere “*inoltrato, ai sensi dell’art. 183 comma 15 del D. Lgs. 50/2016 avviso al promotore al fine di esercitare il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario [...]*”;

- della nota prot. n. 0058443 del 31/07/2024 con cui il Comune di Tivoli ha comunicato alle predette concorrenti che il promotore, con nota acquisita al prot. n. 55328 del 19/07/2024, aveva dichiarato di voler esercitare il diritto di prelazione;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

e per la declaratoria

dell’aggiudicazione in favore del R.T.I. ricorrente e del diritto di questa al subentro nel contratto, ove nelle more sottoscritto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Tivoli e del R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella Camera di Consiglio del giorno 16 ottobre 2024 la dott.ssa Vincenza Caldarola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Tivoli, con provvedimento dirigenziale n. 1920 del 13/10/2022, ha approvato la determina a contrarre “*L’affidamento in concessione tramite finanza di progetto della progettazione, costruzione e gestione funzionale ed*

economica di un tempio per la cremazione nel Cimitero di Tivoli ai sensi dell'art. 183 comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, con diritto di prelazione da parte del promotore. CUP D33J19000020005”.

Il promotore, nella specie, è il R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l., che il “5 dicembre 2017” aveva fatto pervenire “al Comune di Tivoli la nota prot. n. 60889 [...] contenente l’istanza di manifestazione di interesse per la presentazione di proposta ai sensi dell’art. 183, comma 15, D.lgs. 50/2016, per la costruzione e gestione mediante *finanza di progetto*” del mentovato tempio.

All’esito dell’espletamento della gara di che trattasi, l’odierna ricorrente si è collocata al primo posto nella relativa graduatoria con 84 punti, mentre il R.T.I. controinteressato si è collocata all’ultimo posto con punti 55,64.

Tuttavia, con la gravata nota prot. n. 0058443 del 31 luglio 2024, il Comune di Tivoli ha comunicato alle concorrenti, utilmente collocatesi nella predetta graduatoria, che il promotore, con nota acquisita al prot. n. 55328 del 19/07/2024, aveva dichiarato di voler esercitare il diritto di prelazione.

Conseguentemente, il R.T.I. EDILVER S.r.l. - ALTAIR FUNERAL S.r.l., con ricorso notificato alle controparti il 27 settembre 2024 e depositato in giudizio il 30 settembre 2024, ha impugnato gli atti riportati in epigrafe, chiedendone l’annullamento e, per l’effetto, di disporre in proprio favore l’aggiudicazione e il subentro nel contratto ove *medio tempore* stipulato, previa declaratoria di sua inefficacia.

2. Il R.T.I. ricorrente ha affidato il gravame ai profili di illegittimità di seguito rubricati.

2.1 Violazione dell’art. 6.7, lett. d), del Disciplinare di gara. Violazione degli artt. 83, comma 9, 93, comma 8 – bis, 103, comma 9 e 183, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016. Violazione dello Schema tipo 1.1. di cui al D.M. n. 31 del 19 gennaio 2018. Eccesso di potere.

Con questo primo gruppo di motivi di gravame, la parte ricorrente ha lamentato che il R.T.I. controinteressato avrebbe presentato, a corredo della propria offerta, una cauzione, *ex art. 183, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016*

(applicabile *ratione temporis*), a tal punto difforme dalle prescrizioni dettate dal pertinente Schema tipo 1.1 di cui al D.M. n. 31 del 19 gennaio 2018, adottato in esecuzione del disposto di cui all'art. 103, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016, che se ne sarebbe dovuta constatare addirittura la mancanza.

In altri termini, i vizi che inficiavano la predetta cauzione, rendendone pressoché impossibile (e, comunque, estremamente difficile) l'escussione (in violazione della predetta normativa), sarebbero stati talmente gravi da far ritenere che il R.T.I. controinteressato non avesse, in realtà, proprio adempiuto l'obbligo su di esso gravante di corredare la propria offerta con una cauzione avente le caratteristiche inderogabilmente richieste dal predetto Schema tipo.

2.2 Violazione dell'art. 6.1 del Disciplinare di gara. Assenza del geologo all'interno del gruppo di professionisti incaricati della progettazione dell'opera. Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 26 e 35 del d.P.R. n. 207/2010.

Con questo secondo fascio di motivi di gravame, il R.T.I. ricorrente ha lamentato la violazione della clausola di cui al punto 6.1, rubricato "*Requisiti per lo svolgimento dei servizi di ingegneria e architettura richiesti*", del Disciplinare di gara, per avere il R.T.I. controinteressato omissso di individuare, nel gruppo di professionisti da essa indicati quali incaricati della progettazione definitiva ed esecutiva dell'opera da realizzare, la figura del geologo, pure inderogabilmente richiesta dalla predetta clausola. Infatti nell'Allegato F del Disciplinare di gara presentato "*dall'ATI Alpha Tau non è presente il nominativo del geologo*", che neppure compare nell'Allegato G, "*documento in cui doveva essere dichiarato il possesso dei requisiti di progettazione richiesti dal Disciplinare.*", e nemmeno tale indicazione si rinviene "*nei DGUE presentati, rispettivamente, da Alpha Tau S.r.l. e Geo S.r.l.*". Né a colmare siffatta mancata necessaria designazione potrebbe soccorrere, secondo la prospettazione della parte ricorrente, "*la circostanza che Alpha Tau, nelle vesti di soggetto proponente, abbia allegato una relazione geologica allo Studio di Fattibilità,*" la quale, "*essendo intervenuta in una fase embrionale della*

procedura, non può essere considerata sufficiente per le necessarie fasi di progettazione definitiva ed esecutiva.”, come dimostrato dallo stesso tenore letterale della predetta relazione, che prefigura la necessità di ulteriori, più approfondite, indagini geognostiche sito specifiche.

3. In data 2 ottobre 2024 la parte ricorrente ha notificato alle controparti ricorso per motivi aggiunti, che ha depositato agli atti del giudizio il successivo 3 ottobre 2024, e con il quale ha proposto, avverso gli *stessi* atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo, il seguente, ulteriore, articolato motivo di gravame.

3.1 Violazione dell’art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016. Violazione del Disciplinare di gara. Violazione della *par condicio* tra i concorrenti. Violazione della immodificabilità dell’offerta. Violazione del principio di imparzialità. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

In particolare, la parte ricorrente ha rappresentate che, *“con la nota n. 73044 del 30 settembre 2024 (doc. 29) il Comune di Tivoli ha riscontrato l’istanza di accesso di Edilver del 22 luglio 2024 nonché il successivo sollecito del 18 settembre 2024 (docc. 12 e 26), fornendo l’accesso all’integrazione documentale presentata da Alpha Tau a seguito del soccorso istruttorio disposto dalla Commissione.”*

Il R.T.I. ricorrente, tuttavia, ha lamentato che, benché la documentazione prodotta dal R.T.I. controinteressato, in riscontro alla predetta richiesta della S.A. (nota prot. n. 0020698 del 15/3/2023), fosse formalmente qualificata *“Appendice nr.1 - Polizza 2022-030-08-000251-11-000030539”*, essa, tuttavia, sarebbe consistita in una polizza fideiussoria integralmente nuova, che *“ricalca pedissequamente le clausole dello Schema Tipo 1.1. di cui al d.m. 31 del 19 gennaio 2018”*, avente decorrenza dal 15 marzo 2023 e scadenza il 10 giugno 2023, nonchè sottoscritta in Sofia il 21 marzo 2023, quindi ben oltre il termine ultimo di presentazione delle offerte (12 dicembre 2022).

Per modo che la parte ricorrente, che già aveva dedotto (e ribadisce nei motivi aggiunti) l’illegittimità del soccorso istruttorio disposto dalla S.A. a favore del R.T.I. controinteressato, sul presupposto che *“poiché la garanzia fideiussoria non è*

elemento formale della domanda di partecipazione, bensì elemento afferente l'offerta, presentato a "corredo" della stessa (cfr. art. 93, comma 1, D. Lgs. 50/2016), se ne conclude che deve essere esclusa la possibilità di sanare carenze di tale garanzia attraverso il soccorso istruttorio.", dopo aver ricevuto copia della polizza fideiussoria da ultimo presentata dal predetto controinteressato, ha rammentato che, anche quella parte della giurisprudenza amministrativa che ha finito per reputare azionabile il soccorso istruttorio anche nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione, trattandosi di ipotesi da ricondurre all'ambito delle "carenze di elementi formali della domanda" ovvero della "mancanza, incompletezza" o "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione, si è, tuttavia, mostrata concorde nel fare salvo il principio per cui "il soccorso istruttorio, va a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione, in quanto sarebbe violata la par condicio tra i concorrenti, qualora fosse consentita la presentazione di una cauzione provvisoria formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio" (ex multis, T.A.R. Lazio, 14 aprile 2022, n. 2524).

Che sarebbe esattamente quanto accaduto, secondo il R.T.I. ricorrente, nella fattispecie di cui è causa, in cui "l'Amministrazione ha quindi permesso ad Alpha Tau di produrre un documento oltre il termine di conclusione della gara – violando la parità di trattamento tra i concorrenti e l'imparzialità dell'agire amministrativo – nonché di modificare l'offerta dalla stessa presentata in momento successivo al termine ultimo previsto dalla legge di gara – in violazione del principio di immutabilità dell'offerta."

3.2 La parte ricorrente, pertanto, ha concluso reiterando la richiesta di accoglimento del ricorso originario e dei connessi motivi aggiunti, e ancor prima dell'istanza cautelare incidentalmente proposta con il primo (a fondamento della quale ha invocato, oltre alla fondatezza del buon diritto, anche la sussistenza di un danno grave e irreparabile all'interesse pubblico, che sarebbe pregiudicato dall'esecuzione dell'oggetto della procedura di cui è causa da parte di un operatore economico – quale il R.T.I. controinteressato –

che ha presentato un'offerta valutata con un punteggio assai deteriore rispetto a quello conseguito dalla medesima ricorrente).

4. Il 9 ottobre 2024 si è costituito in giudizio il Comune di Tivoli, mediante il deposito di un mero atto di costituzione formale.

5. L'11 ottobre 2024 si è costituita in giudizio il R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l., mediante il deposito di un mero atto di costituzione formale.

6. Il 13 ottobre 2024 il Comune di Tivoli ha depositato agli atti del giudizio una memoria difensiva con cui ha, in primo luogo, eccepito l'irricevibilità per tardività del ricorso *ex adverso* proposto sul presupposto che esso “*avrebbe dovuto essere notificato il 26/9/2024 (30 + 15, tenuto anche conto della sospensione feriale dei termini) e non come di fatto è avvenuto in data 27/09/2024*”; nel merito, ha eccepito l'infondatezza, in fatto e in diritto, del ricorso introduttivo e dei motivi a esso aggiunti, chiedendone la reiezione.

7. Il 14 ottobre 2024 anche il controinteressato ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l. ha depositato agli atti del giudizio una memoria difensiva con cui ha eccepito sia l'irricevibilità del ricorso principale per tardività sia l'infondatezza nel merito del medesimo ricorso e dei motivi aggiunti proposti in corso di causa, perché infondati in fatto e in diritto, chiedendone la reiezione.

8. Alla Camera di Consiglio del 16 ottobre 2024, fissata per la trattazione in via incidentale dell'istanza cautelare proposta dal R.T.I. ricorrente, previo avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., la causa è stata introitata per la decisione con sentenza in forma semplificata.

9. *In limine* va disattesa l'eccezione d'irricevibilità per tardività del gravame formulata dalle difese del Comune di Tivoli e del controinteressato R.T.I. ALPHA TAU S.r.l. – GEO S.r.l., perché è fin troppo evidente che l'interesse a ricorrere del R.T.I. EDILVER S.r.l. – ALTAIR FUNERAL S.r.l. non è sorto a seguito della conoscenza della determinazione dirigenziale n. 1937 del 12 luglio 2024, con cui, come anticipato, la S.A. si è limitata a comunicare alle concorrenti “*di prendere atto della nota 28041 del 17/04/2024 con la quale venivano trasmessi i verbali di gara e della relativa attribuzione dei punteggi*”, i quali, peraltro,

vedevano collocata al primo posto proprio l'odierna ricorrente, nonché “*di procedere alla comunicazione dell'aggiudicazione al promotore al fine dell'esercizio del diritto di prelazione così come previsto dell'art. 183 del D. Lgs. 50/2016 e dal Disciplinare di gara,*”, ma, appunto, dalla conoscenza della nota n. 58443 del 31 luglio 2024, con cui il Comune di Tivoli ha comunicato, anche alla odierna ricorrente, che “*il promotore con nota acquisita al prot. 55328 del 19/07/2024 ha dichiarato di voler esercitare il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario impegnandosi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*”. È evidente, infatti, che il mancato conseguimento del bene della vita agognato dalla odierna ricorrente (aggiudicarsi l'affidamento della concessione *de qua*) deve essere ricondotto all'esercizio del diritto di prelazione da parte del R.T.I. controinteressato, posto che se quest'ultimo avesse rinunciato alla prelazione a suo favore, il R.T.I. EDILVER S.r.l. – ALTAIR FUNERAL S.r.l. avrebbe visto consolidarsi la sua posizione di aggiudicataria e, pertanto, non avrebbe avuto alcun interesse a proporre l'impugnativa di cui è causa, mentre è nel momento in cui (non prima del 31 luglio 2024, stando a quanto emerge *ex actis*) la S.A. rende noto che il R.T.I. promotore ha esercitato il predetto diritto, che si concretizza l'interesse del R.T.I. EDILVER S.r.l. – ALTAIR FUNERAL S.r.l. ad agire, con la conseguenza che il ricorso introduttivo del presente giudizio e i motivi ad esso aggiunti devono reputarsi senz'altro tempestivi.

10. Tanto premesso, il ricorso è fondato nel merito e, pertanto, deve essere accolto nei sensi e nei termini di seguito indicati.

11. Il primo gruppo di motivi di gravame non merita accoglimento per le ragioni di seguito riassunte.

12. Giova un preliminare richiamo delle pertinenti clausole del Bando e del Disciplina di gara.

12.1 La “*Sezione III: Informazioni di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico, III.1) Condizioni di partecipazione*” del Bando di gara prescrive al paragrafo “*III.1.3 Garanzie richieste: l'offerta dei concorrenti dovrà essere corredata da:*

- Una garanzia fideiussoria provvisoria ai sensi dell'art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016 e a seguito delle integrazioni introdotte dalla L. 120/2020, art. 1 comma 4, di Euro 32.513,00 (trentaduemilacinquecentotredici/00) pari al 1% del valore dell'investimento posto a base di gara della procedura, da costituire con le modalità e nel rispetto delle prescrizioni di cui al predetto art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016. Ulteriori disposizioni sono contenute nel Disciplinare di gara.”.

A sua volta, il punto 6.7, sub c., del predetto Disciplinare precisa che: “Ai fini della partecipazione alla presente procedura il concorrente dovrà altresì allegare la seguente documentazione: [...] c. documentazione comprovante la prestazione della garanzia provvisoria ai sensi e per gli effetti dell'art. 93 del codice, a seguito delle integrazioni introdotte dalla L. 120/2020, art. 1 comma 4, corrispondente al 1% del valore dell'investimento (Euro 3.251.300,00 iva esclusa) e pertanto avente un importo garantito minimo pari ad Euro 32.513,00 (trentaduemilacinquecentotredici/00). La garanzia dovrà avere validità di 180 giorni decorrenti dalla presentazione della offerta e dovrà contenere la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta della stazione appaltante, nonché la rinuncia espressa all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del Codice Civile.”.

Quanto, poi, alla cauzione disciplinata dall'art. 183, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016, il Bando di gara, alla “Sezione III: Informazioni di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico, III.1) Condizioni di partecipazione”, prevede al secondo capoverso del succitato paragrafo “III.1.3 Garanzie richieste: l'offerta dei concorrenti dovrà essere corredata da:

- cauzione, ai sensi dell'art. 183 comma 9” (rectius: 13) “del Codice, di Euro 81.282,50 (ottantunomiladuecentottantadue/50) pari al 2,5% del valore dell'investimento previsto nella proposta a titolo di garanzia per il rimborso delle spese sostenute dal Promotore per la predisposizione della Proposta posta a base di gara ovvero, nel caso in cui il Promotore decida di esercitare il diritto di prelazione, per il rimborso delle spese per la predisposizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.”.

Laddove, il punto 6.7, *sub d.*, del Disciplinare di gara stabilisce che: “I concorrenti, promotore compreso, sono inoltre tenuti a presentare con le medesime modalità di cui sopra un’ulteriore cauzione pari al 2,5% del valore dell’investimento previsto nella Proposta (Euro 3.251.300,00 iva esclusa), e quindi pari ad Euro 81.282,50 (ottantunomiladuecentottantadue/50); ai sensi dell’art. 183 comma 9 del Codice a titolo di garanzia per il rimborso delle spese sostenute dal Promotore per la predisposizione della Proposta posta a base di gara ovvero, nel caso in cui il Promotore decida di esercitare il diritto di prelazione, per il rimborso delle spese per la predisposizione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Si rinvia alle modalità di rilascio della garanzia di cui al precedente punto c.

[...].”.

12.2 Tanto premesso, non è sfuggito al Collegio che, dapprima, con il gravato verbale di gara n. 3 del 16 gennaio 2023, la S.A. ha rilevato che: “la polizza presentata ai sensi del p.to 6.7 c) del Disciplinare di gara rilasciata dalla Soc. INSURANCE JSC DallBogg: Life and Health con n. 2022-030-08-000251-11-000030539 presentata non risulta conforme allo schema Tipo 1.1. di cui al D.M. 31 del 19/01/2018”, e successivamente, con atto prot. n. 0020698 del 15/03/2023, rubricato “Richiesta soccorso istruttorio di cui all’art. 183, comma 9, del D. Lgs. 50/2016.”, ha invitato il R.T.I. controinteressato a far pervenire, entro e non oltre il 23/03/2022 (*rectius*: 2023), la seguente documentazione: “adeguamento della polizza presentata ai sensi del p.to 6.7 c) del Disciplinare di gara rilasciata dalla Soc. INSURANCE JSC DallBogg: Life and Health con n. 2022-030-08-000251-11-000030539 allo schema Tipo 1.1. di cui al D.M. 31 del 19/01/2018”.

Sennonché la predetta polizza, n. 2022-030-08-000251-11-000030539, è chiaramente quella prestata dal R.T.I. controinteressato in ossequio a quanto previsto dalla lettera d., del punto 6.7 del Disciplinare di gara (e ancora prima dalla pertinente clausola surrichiamata del Bando di gara), e non già dalla lettera c. del predetto punto, come reso evidente dal relativo “Importo della garanzia 81.282,50 € Euro OTTANTUNOMILADUECENTOOTTANTADUE/50”.

Quindi, benché nel prefato verbale di gara n. 3 del 16 gennaio 2023 e nell'atto con cui la S.A. ha attivato il conseguente soccorso istruttorio a favore dell'odierno controinteressato si faccia testualmente riferimento al punto 6.7, *sub c.*, del Disciplinare di gara, il quale richiama la garanzia fideiussoria, denominata "*garanzia provvisoria*", disciplinata, in generale, dall'art. 93, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016, *ex actis*, tuttavia, emerge che il predetto soccorso istruttorio è stato, in realtà, attivato con riferimento alla diversa polizza, n. 2022-030-08-000251-11-000030539, prestata dal R.T.I. controinteressato in adempimento dell'obbligo prescritto dalla lettera d. del punto 6.7 del Disciplinare di gara, che la quantifica appunto in € 81.282,50, ed è proprio su siffatta "*ulteriore cauzione*", prevista dall'art. 183, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016, in tema di finanza di progetto, e "*fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento*", che si è appuntato il primo gruppo di censure articolato dalla parte ricorrente.

12.3 In particolare, quest'ultima deduce che la predetta cauzione n. 30539 (decorrente dal 12/12/2022 e destinata a scadere il 10/6/2023) non sarebbe stata conforme allo Schema tipo 1.1 del D.M. n. 31 del 19 gennaio 2018 (applicabile nel caso di specie *ratione temporis*), in violazione dell'art. 103, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016, nonché della stessa previsione di cui alla lett. d. del punto 6.7 del Disciplinare di gara, che esplicitamente rinvia, con riferimento a tale ultima polizza, "*alle modalità di rilascio della garanzia di cui al precedente punto c.*", cioè a quelle prescritte per il rilascio della "*garanzia provvisoria*", di cui all'art. 93, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016.

Segnatamente, la parte ricorrente ha richiamato, *in primis*, la clausola della polizza fideiussoria prodotta dal promotore/controinteressato, a tenore della quale: "*L'Ente garantito dovrà comunicare alla Società, entro 10 giorni dalla constatazione, a pena di decadenza dai propri diritti, ogni inadempienza del Contraente idonea a rendere operante la presente garanzia nel rispetto di quanto in proposito pattuito nelle condizioni particolari di polizza.*"

E secondo la prospettazione del R.T.I. ricorrente la predetta clausola avrebbe reso eccessivamente gravosa la posizione del Comune di Tivoli, il quale, nel caso di inadempimento del R.T.I. controinteressato, sarebbe stato costretto a fare valere la garanzia prestata a favore di quest'ultimo dalla Società assicuratrice (Insurance JSC DallBogg: Life and Health), entro l'assai ristretto termine di 10 giorni dalla constatazione del predetto inadempimento (termine del tutto inesistente nel più volte richiamato Schema tipo 1.1).

La predetta clausola, inoltre, al secondo capoverso, conteneva l'ulteriore previsione secondo la quale: *“La Società verserà, l'indennizzo dovuto in conseguenza dell'inadempienza dal Contraente, [...] entro 30 giorni dalla data del primo atto del procedimento esecutivo instaurato dall'Ente Garantito contro il Contraente; nel caso di opposizione di quest'ultimo i 30 giorni decorreranno dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce totalmente e parzialmente infondata l'opposizione stessa.”*.

Il che, in altri termini, avrebbe postulato la preventiva instaurazione del procedimento esecutivo nei confronti del debitore principale, il R.T.I. controinteressato, posto che la Società assicuratrice si era impegnata a pagare solo dopo 30 giorni dalla data del pignoramento, appunto del *“primo atto del procedimento esecutivo”* instaurato dal Comune di Tivoli nei confronti del predetto R.T.I. e, in caso di opposizione di quest'ultimo, solo dopo che l'infondatezza dell'opposizione fosse stata accertata con sentenza passata in giudicato.

Il che, secondo la prospettazione della parte ricorrente, si poneva in contrasto con la chiara previsione di cui all'art. 4, commi 1 e 3, del predetto D.M. n. 31 del 19 gennaio 2018, a tenore del quale *“Il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente, nei limiti della somma garantita, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l'indicazione dei motivi per i quali la Stazione appaltante attiva l'escussione.”* (comma 1); *“Il Garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. e rinuncia all'eccezione di cui*

all'art. 1957, comma 2, cod.civ.” (comma 3), nonché contro le conformi previsioni di cui alle lett. c. e d. del punto 6.7 del Disciplinare di gara.

In altri termini, poiché le predette disposizioni configurano le garanzie fideiussorie *de quibus* alla stregua di un contratto autonomo di garanzia (non potendo il fideiussore opporre al creditore garantito le eccezioni che a questi avrebbe potuto opporre il debitore principale), e in cui è altresì escluso, *ipso iure*, il *beneficium excussionis*, la polizza fideiussoria presentata inizialmente dal R.T.I. controinteressato sarebbe stata invalida in quanto non rispondente alle predette caratteristiche.

Infine, l'ultimo profilo censurato dal R.T.I. ricorrente attiene alla previsione di una facoltà di recesso *ad nutum* a favore del fideiussore il quale, alla stregua dell'art. 5 della predetta polizza, avrebbe potuto “*recedere dal contratto in qualunque momento con l'effetto della cessazione della garanzia dal trentesimo giorno successivo alla comunicazione al Beneficiario tramite PEC o raccomandata con ricevuta di ritorno. In tal caso la garanzia mantiene efficacia per inadempienze verificatesi nel periodo anteriore alla data in cui il recesso ha avuto effetto ed il Beneficiario può avvalersene entro i sei mesi successivi, fermo quanto disposto nel precedente art. 3.*”.

Il R.T.I. ricorrente, quindi, ha dedotto che il R.T.I. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara di che trattasi in forza della invalidità della polizza fideiussoria n. 30539 da essa presentata, contenendo quest'ultima delle prescrizioni (sia quanto alla previsione del termine decadenziale di 10 giorni per la richiesta di pagamento al fideiussore sia per la subordinazione di quest'ultima al previo esperimento della esecuzione forzata nei confronti del debitore principale sia, infine, quanto alla previsione di una facoltà di recesso *ad nutum* in favore della Società fideiubente), che si ponevano in evidente contrasto sia con le prescrizioni di cui al più volte citato Schema tipo 1.1 sia con le pertinenti disposizioni della *lex specialis* di gara.

Conseguentemente, la medesima parte ricorrente si è lamentata della circostanza che la S.A., anziché escludere il R.T.I. controinteressato dalla gara di cui trattasi, abbia ritenuto di poter attivare il soccorso istruttorio in suo

favore, per cui “*nella seduta del 6 aprile 2023 la Commissione, esaminata la documentazione presentata da Alpha Tau, ossia un adeguamento della contesta polizza 30539, l’ammetteva alla successiva fase di gara.*” (giusta gravato verbale di gara n. 5 del 6/4/2023).

In particolare, la parte ricorrente, con il ricorso introduttivo del presente giudizio, ha contestato che la S.A. potesse attivare nella specie il soccorso istruttorio, sul presupposto che “*i rilevanti vizi che inficiano la polizza in questione sono di natura sostanziale*”, e a questo proposito ha richiamato quell’orientamento della giurisprudenza amministrativa contrario alla “*sanabilità*” delle irregolarità/cause di invalidità che dovessero inficiare le garanzie/cauzioni prestate dai concorrenti; mentre con il ricorso per motivi aggiunti ha dedotto che, pur dopo l’attivazione del soccorso istruttorio e la presentazione di una nuova polizza fideiussoria *ex art. 183, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016*, da parte del R.T.I. controinteressato, quest’ultimo avrebbe dovuto comunque essere escluso, posto che la polizza prodotta a integrazione di quella precedente risultava essere stata sottoscritta in epoca posteriore alla scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte.

13. Tanto premesso, osserva il Collegio che, in relazione al tema dell’attivabilità del soccorso istruttorio al cospetto di irregolarità o cause di invalidità che dovessero riguardare la garanzia/cauzione di cui al D. Lgs. n. 50/2016, si sono, in effetti, registrate posizioni contrastanti in giurisprudenza, perché a fronte di un orientamento maggioritario (ma non univoco) al lume del quale sono sempre sanabili le predette cause di irregolarità/invalidità attraverso l’istituto del soccorso istruttorio, sul presupposto che la garanzia fideiussoria costituisce un elemento formale della domanda, la cui mancanza, incompletezza o irregolarità è, pertanto, emendabile attraverso l’istituto del soccorso istruttorio ad opera dell’Amministrazione aggiudicatrice (in questo senso, T.A.R. Campania, Napoli, Sezione I, n. 1429/2024, che richiama anche Consiglio di Stato, Sezione V, nn. 10274/2022 e 3166/2021; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sezione I, nn. 627/2024 e 252/2024, che, a sua volta, evoca il

precedente di T.A.R. Sicilia, Catania, n. 2584/2023), in un passato relativamente recente non sono mancate pronunce di segno contrario (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione V, 28 giugno 2022, n. 5347; *contra* Consiglio di Stato, Sezione III, 11 agosto 2015, n. 3918; Sezione V, 10 febbraio 2015, n. 687, a tenore delle quali: “*Si può dare per acquisito in giurisprudenza che le irregolarità, l’insufficienza e la stessa inesistenza della cauzione provvisoria non possono dar luogo ad esclusione dalla gara, ma solo ad un “soccorso istruttorio”, con conseguente legittimazione della stazione appaltante ad attivare il soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la documentazione mancante).*”

A oggi, tuttavia, si può ritenere che, nella giurisprudenza amministrativa (da ultimo Consiglio di Stato, Sezione V, 27 agosto 2024, n. 7256), prevalga l’opzione ermeneutica, cui questo Giudice intende dar seguito nei limiti del presente giudizio, secondo cui: “*le eventuali irregolarità o insufficienze della cauzione provvisoria non possono dar luogo all’esclusione automatica dalla gara, ma impongono alla stazione appaltante l’esercizio del dovere di soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, d. lgs. 50 del 2016).*”.

E, invero, la giurisprudenza amministrativa favorevole alla attivabilità del soccorso istruttorio “sanante” nella materia de *qua* non discrimina tra invalidità sanabili e invalidità non sanabili, a seconda della maggiore o minore gravità dei vizi che ne costituiscono la causa, avendo dequotato la cauzione a mero elemento formale della domanda, la cui mancanza, incompletezza o irregolarità è suscettibile di sanatoria *ex art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50 del 2016* (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, n. 7256 cit; *Idem*, 3 agosto 2021 n. 5710 e 4 dicembre 2019, n. 8296; T.A.R. Campania, Napoli, sentenza n.183/2021 e n.930/2021).

L’unico discrimine introdotto dalla giurisprudenza in commento è quello tra invalidità o irregolarità della cauzione e mancanza assoluta della stessa, sulla scorta della considerazione che: “*Quest’ultima ipotesi è senza dubbio più grave e, solo rispetto ad essa, il documento di cui è chiesta l’integrazione mediante soccorso istruttorio deve avere data anteriore alla scadenza del termine di partecipazione. Coerentemente, anche il*

Consiglio di Stato, in un suo recente pronunciamento, ha distinto “la fattispecie della mancata costituzione della garanzia provvisoria da quella della sua invalidità o irregolarità, atteso che la prima ipotesi è espressione ex se della scarsa serietà dell’offerta (così come la prestazione di garanzia con documenti falsi, cui è riferito il precedente di questa Sezione V, 23 marzo 2018, n. 1846, che non ha ammesso il soccorso istruttorio), mentre tale non può ritenersi la costituzione della garanzia quando l’art. 93, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016 risulti apparentemente rispettato (Consiglio di Stato, Sezione V, 16 gennaio 2020, n. 399). Sembra, peraltro, confermare tale impostazione ermeneutica, l’art. 101, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023, che, nel delineare il soccorso istruttorio integrativo-completivo, prevede solo per la mancata presentazione della garanzia provvisoria, ma non per l’inesattezza della stessa, la possibilità di integrazione mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte.” (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 1° marzo 2024, n. 1429).

Applicando le suddette coordinate normative ed ermeneutiche al presente giudizio, il Collegio osserva come, nel caso concreto sottoposto alla sua attenzione, non si possa obliterare la circostanza che il R.T.I. controinteressato abbia, comunque, allegato alla propria offerta una polizza fideiussoria *ex artt.* 183, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016 e 7.6, lett. c. e d., del Disciplinare di gara, la quale, dunque, ancorchè invalida per le ragioni prima esposte, deve reputarsi cionondimeno tempestivamente prodotta, con la conseguenza che, nel caso di specie, la S.A. era abilitata (alla stregua dei principi sopra affermati) ad attivare il soccorso istruttorio “sanante”, invitando il R.T.I. controinteressato ad integrare e, comunque, emendare la predetta polizza.

14. Il Collegio, invece, ritiene fondato il secondo fascio di motivi di gravame articolato dal R.T.I. ricorrente per le ragioni di seguito sinteticamente indicate.

14.1 Anche a questo riguardo dirimente è il richiamo alle pertinenti previsioni della *lex specialis* di gara.

In particolare, il Bando di gara alla “*Sezione III: Informazioni di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico, III.1) Condizioni di partecipazione*”, chiaramente

stabilisce al paragrafo “III.1.2 Condizioni di partecipazione: i concorrenti devono essere in possesso dei requisiti specificati nel Disciplinare di gara.”.

A sua volta, l'ultimo capoverso del punto 6., rubricato “REQUISITI DI AMMISSIONE ED ULTERIORE DOCUMENTAZIONE NECESSARIA”, del Disciplinare di gara esplicitamente prevede che: “Ai fini dell'ammissione alla gara, secondo quanto previsto dall'art. 183 comma 8 del Codice, ogni operatore economico dovrà essere in possesso dei requisiti di cui infra:

6.1 “REQUISITI PER LO SVOLGIMENTO DEI SERVIZI DI INGEGNERIA E ARCHITETTURA RICHIESTI”. “L'operatore economico dovrà indicare il nominativo dei professionisti, singoli o associati, che eseguiranno l'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva i quali dovranno essere in possesso dei seguenti requisiti:

- Laurea in Ingegneria con Abilitazione all'esercizio della professione di Ingegnere e Iscrizione all'Ordine degli Ingegneri - Albo Sezione A) Settore a) “Civile e Ambientale” o Laurea in Architettura e Abilitazione all'esercizio della professione di Architetto - Iscrizione a un Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori - Albo Sez. A;
- Per il geologo che redige la relazione geologica: Il requisito di iscrizione al relativo albo professionale.”.

Dal complesso delle predette clausole chiaramente discende che, a reputare insufficiente la relazione geologica presentata, ex art. 14 del d.P.R. n. 207/2010, in sede di “progetto preliminare di fattibilità sviluppato dal promotore” (e la quale, pertanto, costituisce uno degli elaborati ricompresi nel “Progetto di fattibilità tecnico economica ed elaborati tecnici connessi presentato dal Promotore di cui all'art. 183, comma 15 del d.lgs. 50/2016, approvato con Delibera di G.C. n. 51 del 15.03.2019”, che, a sua volta, rappresenta uno dei documenti di gara rispetto al quale gli operatori concorrenti sono chiamati a proporre le varianti migliorative), è la stessa Amministrazione aggiudicatrice, come reso evidente dall'obbligo imposto agli operatori economici che intendano partecipare alla procedura *de qua* di indicare, nell'ambito della “Documentazione

Amministrativa” contenuta nella “*Busta Virtuale*” “A” (cfr. p. 10 del Disciplinare di gara), quale professionista incaricato di redigere la relazione geologica, in sede di progettazione definitiva ed esecutiva dell’opera di che trattasi, “*un geologo iscritto al relativo albo professionale*”.

È in altri termini la stessa *lex specialis* di gara a configurare la relazione geologica quale elaborato specialistico essenziale che deve accompagnare tutti i livelli della progettazione, non solo preliminare ma anche definitiva ed esecutiva, dell’opera da realizzare, al fine di assicurarne la costante compatibilità geologica, geomorfologica ed idrogeologica, in ossequio, peraltro, alle previsioni di cui agli artt. 26, comma 1, lett. a) e 35, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010.

Nella specie, dunque, l’adito G.A. non è neppure tenuto a compiere quella complessa e incerta indagine ermeneutica sulla volontà della S.A., che, invece, la più recente giurisprudenza amministrativa impone nelle ipotesi in cui un obbligo esplicito di designazione di un geologo tra i progettisti incaricati della progettazione definitiva ed esecutiva dell’opera non si ravvisi esplicitamente tra le regole operative di gara, posto che, al contrario, nella fattispecie di cui è causa risulta chiaramente soddisfatta “*l’esigenza che la determinazione degli obblighi progettuali e documentali imposti dalle stazioni appaltanti ai concorrenti siano chiaramente definiti nei documenti di gara e che a tali soggetti non siano addossati oneri che le prime, nell’ambito della loro discrezionalità e sulla base del grado di dettaglio della progettazione a base di gara, delle caratteristiche delle opere e delle migliorie consentite, hanno ritenuto non necessari.*” (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 23 gennaio 2018, n. 430). Come dimostrato dalla circostanza che negli atti di gara è data rinvenire una *specifica* ed *univoca* previsione che espressamente impone, quale condizione di partecipazione alla gara stessa, di indicare (anche) la figura del geologo, incaricato di redigere la relazione geologica che dovrà corredare le diverse fasi della progettazione dell’opera avuta di mira, e che deve risultare iscritto nel relativo albo professionale.

Peraltro siffatta previsione è perfettamente coerente con il disposto di cui agli artt. 24, comma 5, e 31, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016, e con l'interpretazione univocamente datane dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 28 gennaio 2021, n. 857), secondo cui: *“Occorre premettere che l'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, del d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che gli incarichi afferenti alla progettazione sono espletati da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali, "indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario". A garanzia della riconducibilità delle prestazioni specialistiche ai professionisti indicati in sede di offerta come responsabili del relativo espletamento, l'art. 31, comma 8, sancisce, di conserva, il divieto per gli operatori economici affidatari di subappaltare tali prestazioni. Con specifico riferimento alle prestazioni geologiche, tale articolo infatti prevede che "l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali". Dalla disposizione appena richiamata discende che, a differenza delle indagini geologiche e geognostiche, la relazione geologica debba essere redatta esclusivamente da professionista geologo presente nella struttura di progettazione nominativamente individuato con la specifica responsabilità già in sede di offerta. Come chiarito anche dalla Linee guida Anac n. 1, siffatta previsione deriva "dalla necessità di garantire la indispensabile presenza diretta del geologo in ogni livello della progettazione e di prevenire quindi eventuali subappalti indiretti della relazione geologica, oltre che dall'esigenza di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo a tale progettista specialista". Quanto alla natura giuridica del rapporto che deve sussistere tra il geologo e l'affidatario delle prestazioni afferenti alla progettazione, la giurisprudenza ha chiarito che ciò che rileva non è tanto la qualificazione formale del rapporto, quanto l'effettiva riconducibilità della relazione geologica ad un professionista legato all'affidatario da un rapporto di collaborazione non occasionale (in difetto del quale sarebbe sostanzialmente eluso il divieto del subappalto). [...] In particolare, il divieto di subappalto di cui all'art. 31,*

comma 8, cit. deve ritenersi rispettato laddove tra il geologo e l'affidatario si instauri "un rapporto di natura indipendente, sotto forma di associazione temporanea, sia di natura subordinata in qualità di dipendente, sia di natura autonoma, attraverso forme di collaborazione professionale coordinata e continuativa" (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364; Id., sez. V, 31 maggio 2005, n. 2859): rimanendo, per contro, esclusi dalle forme di partecipazione ammesse soltanto i rapporti di consulenza professionale ad hoc, in particolare qualora tale rapporto non risulti dichiarato e quindi formalizzato prima dell'affidamento dell'incarico."

E, invero, la necessità (esplicitamente prevista quel condizione di partecipazione alla gara) della preventiva designazione della figura del geologo nel gruppo di professionisti incaricati della realizzazione del complesso architettonico di che trattasi è tanto più cogente se si considera che oggetto dell'affidamento in concessione *de quo* è costituito dalla "progettazione, costruzione e gestione in regime di project financing, ai sensi dell'art. 183, comma 15 del Dlgs 50/2016, di un Tempio Crematorio presso il Cimitero di Tivoli" (cfr. clausola n. 3 del Disciplinare di gara, rubricato "OGGETTO DELL'AFFIDAMENTO E IMPORTO"), per cui "Nell'ambito di tale affidamento il Concessionario assumerà le seguenti obbligazioni:

[...];

- *Sviluppare il Progetto Definitivo in conformità al Progetto di Fattibilità Tecnica Economica posto a base di gara, nonché il Progetto Esecutivo in conformità al Progetto Definitivo;*

- *Effettuare ogni analisi o attività connessa e funzionale alla progettazione, esecuzione e gestione dell'Opera;*

- *Realizzare l'Opera a regola d'arte, in conformità al Progetto Esecutivo approvato dal Concedente e rispettare la scansione temporale specificata nel Cronoprogramma, ultimando tutti i lavori nei tempi ivi previsti;*

[.]".

14.2 Né in senso contrario alle conclusioni sin qui raggiunte possono validamente invocarsi, come fanno le difese del Comune resistente e del R.T.I.

controinteressato, gli artt. 5 e 11.6 del Disciplinare di gara, nonché i modelli Allegati a quest'ultimo, F e G, dai quali emergerebbe *“come l'indicazione del professionista “geologo” non rientrasse tra i requisiti di ammissione, previsto a pena di esclusione.”*, posto che siffatta affermazione risulta smentita *per tabulas* dalla circostanza che sia il Bando sia il Disciplinare di gara configurano la predetta designazione, rispettivamente, quale *“condizione di partecipazione”* e *“requisito di ammissione”*.

Peraltro, dal tenore delle predette previsioni e modelli neppure possono legittimamente ricavarsi indicazioni contrarie alla necessità della presenza della figura del geologo, incaricato di redigere la relativa relazione, nelle varie fasi, via via più dettagliate, di progettazione del complesso architettonico *de quo*, lo sviluppo delle quali, come visto, integra il contenuto obbligatorio delle prestazioni principali che sorgeranno in capo al concessionario dell'affidamento di che trattasi.

15. Rileva, infine, il Collegio che, nella presente fattispecie, non è stata dedotta la stipulazione del contratto di concessione con il R.T.I. controinteressato.

16. Per le ragioni sopra sinteticamente illustrate il ricorso, integrato dai motivi aggiunti proposti in corso di causa, è fondato nel merito e deve essere accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati riportati in epigrafe, al fine dell'affidamento *“DELLA CONCESSIONE PER LA “PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE E GESTIONE ED ESERCIZIO DI UN TEMPIO CREMATORIO PRESSO IL CIMITERO MONUMENTALE VIA EMPOLITANA, INGRESSO LARGO SARAGAT”, IN REGIME DI PROJECT FINANCING AI SENSI DELL'ART. 183 COMMA 15 DEL D.LGS. N. 50/2016 CIG 9447040806 - CUP D33J19000020005”* in favore del R.T.I. ricorrente, non essendo state eccepite ragioni ostantive in merito, e fatte in ogni caso salve le successive eventuali verifiche di legge della S.A..

17. Sussistono i presupposti di legge (anche avuto riguardo alla particolare complessità e novità delle questioni oggetto del presente giudizio) per

disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 92 c.p.c..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, integrato dai motivi aggiunti proposti in corso di causa, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati riportati in epigrafe, al fine dell'affidamento *“DELLA CONCESSIONE PER LA “PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE E GESTIONE ED ESERCIZIO DI UN TEMPIO CREMATORIO PRESSO IL CIMITERO MONUMENTALE VIA EMPOLITANA, INGRESSO LARGO SARAGAT”, IN REGIME DI PROJECT FINANCING AI SENSI DELL'ART. 183 COMMA 15 DEL D.LGS. N. 50/2016 CIG 9447040806 - CUP D33J19000020005”* in favore del R.T.I. ricorrente, nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 16 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

Vincenza Caldarola, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Vincenza Caldarola

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO